



เบี้ยปรับเพื่อการกุศลตาม หลักกฎหมายอิสลาม*



Penalty for Charity according to Islamic Law

นันทน์ภัส ศิริชัชวาลวงศ์**

Nannaphas Sirichatchawanwong***

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการประกอบธุรกิจของธนาคารอิสลาม ซึ่งมีหลักการในการดำเนินธุรกิจ โดยวิธีการแบ่งปันผลกำไรขาดทุนในรูปแบบหุ้นส่วนและไม่มีดอกเบี้ย โดยศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการจัดการเบี้ยปรับที่อนุมัติให้เรียกเก็บได้ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ นั้น เพื่อนำไปใช้ในการกุศล

ผลการวิจัยพบว่าธนาคารอิสลามซึ่งดำเนินธุรกิจโดยวิธีการแบ่งปันผลกำไรขาดทุนในรูปแบบหุ้นส่วนและไม่มีดอกเบี้ย ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ธนาคารอิสลามไม่สามารถ เรียกเบี้ยปรับจากลูกหนี้ได้ เนื่องจากเบี้ยปรับเป็นรูปแบบหนึ่งของดอกเบี้ย จึงเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายอิสลาม แต่อย่างไรก็ตามเพื่อการป้องกันการอาศัยช่องว่างในการสร้างประโยชน์ให้กับลูกหนี้ที่ไม่สุจริตในการไม่ปฏิบัติตามสัญญา จึงได้มีการอนุมัติให้ธนาคารอิสลามสามารถเรียกเบี้ยปรับกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ได้ แต่เบี้ยปรับที่ได้รับนั้นต้องนำไปใช้ในการกุศล แต่ธนาคารอิสลามไม่มีระบบการจัดการเบี้ยปรับเพื่อการกุศล รวมทั้งกฎหมายสำหรับควบคุมการจัดการเบี้ยปรับเพื่อการกุศลดังกล่าว จึงควรมีการปรับปรุงพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 และรูปแบบของสัญญา

* บทความนี้เรียบเรียงมาจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “เบี้ยปรับเพื่อการกุศลตามหลักกฎหมายอิสลาม,” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2554.

** อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหาดใหญ่

*** Lecturer, Faculty of Law, Hat-Yai University.

ABSTRACT

Penalty clause is meant as liquidated damages to ensure performance under a contract, should there be a breach of the contract. Each particular legal system has a different way of handling penalty. Common Law calls for liquidated damages and frowns upon penalty as applied in Civil Law. However, in a Civil Law country the unreasonable penalty can be reduced by the Court. Whereas in an Islamic country penalty for breach of a contract must be garnered for charity only. The author proposes revision of the present Islamic Banking Act to yield details for proper practice.

สืบเนื่องมาจากวิกฤตเศรษฐกิจของประเทศตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ได้เกิดภาวะที่เกี่ยวข้องกับการเงินธนาคาร และสร้างความเสียหายอย่างมากต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ โดยเฉพาะปัญหาในเรื่องของสถาบันการเงินและธนาคารพาณิชย์ ต้องประสบกับปัญหาสินเชื่อที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (NPLs) แม้รัฐบาลจะพยายามกอบกู้ภาวะเศรษฐกิจให้ผ่านพ้นวิกฤต โดยพยายามนำนโยบายในด้านการบริหารจัดการและการพัฒนาระบบการเงินธนาคารของประเทศมาใช้ในการแก้ปัญหา ซึ่งผลทางสังคมอาจมีประโยชน์สำหรับกลุ่มคนบางกลุ่มเท่านั้น เนื่องจากสภาพความเป็นจริงของสังคมปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่าประเทศกำลังตกอยู่ในภาวะ 1 รัฐ 2 สังคม คือ รวยสุดขีดกับจนสุดขีด กลุ่มคนผู้ที่เดือดร้อนคือกลุ่มคนที่อยู่ในภาคเกษตรกรรมและผู้ใช้แรงงานในภาคพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมซึ่งเป็นรากเหง้าของสังคมไทย ผนวกกับสภาวะการณ์เศรษฐกิจที่ถดถอยจึงส่งผลให้ประชาชนระดับรากหญ้าที่หาเช้ากินค่ำทั้งในภาคอุตสาหกรรม เกษตรกรรมหรือแม้กระทั่งพนักงานประจำของภาครัฐและเอกชนประสบปัญหารายได้ไม่พอกับรายจ่าย ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นและทวีความรุนแรงอย่างต่อเนื่อง จะเห็นได้จากราคาน้ำมันที่สูงขึ้นส่งผลให้ค่าครองชีพขยับตัว เพื่อให้คุ้มค้ำกับต้นทุนดำเนินการ ในขณะที่รายได้ของกลุ่มคนเหล่านี้ยังคงเท่าเดิมหรือลดน้อยลง ทำให้กลุ่มคนเหล่านี้ประสบปัญหาชักหน้าไม่ถึงหลัง กลุ่มพ่อค้าแม่ค้าหรือกลุ่มเกษตรกรต้องประสบกับสภาวะขาดทุน เนื่องจากราคาสินค้าหรือผลผลิตตกต่ำ หรือหากขายสินค้าได้ก็มีผลกำไรน้อยเนื่องจากต้นทุนในการผลิตสูง หรือกลุ่มข้าราชการและพนักงานรัฐวิสาหกิจรวมทั้งพนักงานบริษัทซึ่งมีรายได้ไม่เพียงพอกับราคาสินค้าอุปโภคบริโภคที่สูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง

ธนาคารพาณิชย์จึงเป็นที่พึ่งและเป็นองค์กรสำคัญที่สุดในระบบเศรษฐกิจ เพราะเป็นศูนย์กลางหรือหัวใจของระบบเศรษฐกิจ เป็นกลไกที่คอยผลักดันให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจดำเนินไปได้ เป็นศูนย์รวมของเงินออมและเป็นที่มาของเงินทุนที่จะก่อให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรูปแบบต่างๆ ตั้งแต่การ

ผลิต การบริโภค การซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ธนาคารพาณิชย์แม้จะเป็นแหล่งเงินทุนที่สำคัญและมีบทบาทในทางเศรษฐกิจอย่างมาก แต่การประกอบธุรกิจการเงินของธนาคารพาณิชย์นี้มีวัตถุประสงค์ในการสร้างผลกำไรหรือผลตอบแทนเป็นดอกเบี้ยเป็นหลัก และเพื่อเป็นการป้องกันการผิดนัดชำระหนี้ของลูกค้าที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ธนาคารพาณิชย์จึงมีการกำหนดอัตราเบี้ยปรับไว้ล่วงหน้าในสัญญา เพื่อขู่บังคับให้ลูกค้าปฏิบัติตามสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 379

ในปัจจุบันภายใต้ระบบทุนนิยมที่มีการแข่งขันอย่างเสรี จึงมีการใช้เบี้ยปรับเพื่อการแสวงหาผลประโยชน์อย่างไร้ขอบเขต โดยใช้วิธีกำหนดอัตราเบี้ยปรับกรณีผิดสัญญาไว้ล่วงหน้าในอัตราที่สูงเกินสมควร รวมทั้งมีการกำหนดเบี้ยปรับเพิ่มเติมภายหลังการผิดสัญญาในรูปของค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เช่น ค่าธรรมเนียมการใช้เงิน ค่าติดตามทวงถาม เป็นต้น เป็นปกติในการดำเนินธุรกิจที่อาจเกิดความไม่แน่นอนขึ้นได้เสมอ เมื่อลูกหนี้ไม่มีความสามารถในการชำระหนี้จากสภาวะเศรษฐกิจหรือเหตุใดก็ตาม ธนาคารพาณิชย์จึงต้องดำเนินการฟ้องร้องเพื่อให้ลูกหนี้รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก และโดยส่วนใหญ่เป็นคดีที่มีการเรียกอัตราดอกเบี้ยผิดนัดในอัตราสูงทั้งสิ้น จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลที่จะดำเนินการวินิจฉัยว่า อัตราดอกเบี้ยผิดนัดที่กำหนดล่วงหน้านั้นเป็นเบี้ยปรับหรือไม่ ซึ่งคดีพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลนั้นมีแนวทางการวินิจฉัยของศาลแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ มีการวินิจฉัยว่าอัตราดอกเบี้ยผิดนัดเป็นเบี้ยปรับและอัตราดอกเบี้ยผิดนัดไม่เป็นเบี้ยปรับ จึงทำให้เห็นได้ว่า แนวทางการวินิจฉัยของศาลไม่ได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งการวินิจฉัยว่าอัตราดอกเบี้ยผิดนัดเป็นเบี้ยปรับทำให้เป็นประโยชน์ต่อลูกหนี้ที่ผิดนัดชำระหนี้ เนื่องจากศาลมีอำนาจปรับลดเบี้ยปรับที่สูงเกินสมควรได้ แต่ในทางกลับกันการปรับลดเบี้ยปรับอาจสร้างความเสียหายต่อเจ้าหนี้หรือธนาคารได้ เช่นนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมาในเรื่องการใช้กฎหมายหรือการตีความตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อันมีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม คู่ความ ระบบเศรษฐกิจ ตลอดจนต่อประชาชนโดยรวมของประเทศ แม้ศาลจะนำหลักการต่าง ๆ เช่น หลักสุจริต หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี หลักการตีความตามสัญญา มาประกอบการใช้ดุลพินิจปรับลดเบี้ยปรับที่สูงเกินสมควรนั้น เพื่อเป็นไปในลักษณะที่จะคุ้มครองลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยพิจารณานั้นก็ยังไม่เป็นบรรทัดฐานเดียวกันแต่อย่างใด จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย หรือหลักการพิจารณาพิพากษาของศาลไม่สามารถแก้ไขเยียวยาปัญหาการกำหนดเบี้ยปรับในจำนวนที่สูงเกินสมควรอันมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาได้ และที่สำคัญเจตนารมณ์ในการกำหนดเบี้ยปรับที่ไม่ต้องการให้มีการค้ากำไรยอมถูกบิดเบือน และเป็นการนำเอาเบี้ยปรับมาแสวงหากำไรอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยดำเนินกิจการภายใต้พระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจในสังกัดกระทรวงการคลัง โดยมีคณะกรรมการธนาคารดูแลควบคุมทางด้านการบริหารจัดการ และคณะที่ปรึกษาด้านศาสนาของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย

ไทย เพื่อดูแลและควบคุมให้มีการบริการทางการเงินที่ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลาม(ชะรีอะฮ์) ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยมีขึ้นเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2537 โดยชาวมุสลิมซึ่งอาศัยอยู่ในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ได้แก่ จังหวัดยะลา ปัตตานี สตูล และนราธิวาส ได้เรียกร้องให้รัฐบาลจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขึ้นในพื้นที่ดังกล่าวเพื่อให้บริการแก่ชาวมุสลิม โดยยึดหลักการดำเนินงานที่สำคัญคือ ไม่ดำเนินธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับดอกเบี้ย ไม่สนับสนุนธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการเก็งกำไร การผูกขาด การผิดศีลธรรมและอบายมุข มุ่งเน้นการดำเนินงานที่ชัดเจน โปร่งใสและยุติธรรม การที่ธนาคารอิสลามเป็นธนาคารที่ปลอดจากระบบดอกเบี้ย จึงถือเป็นข้อแตกต่างที่เด่นชัดที่สุดของธนาคารอิสลามกับธนาคารพาณิชย์ทั่วไปที่มุ่งดำเนินธุรกิจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกำไร โดยใช้ดอกเบี้ยเป็นเครื่องมือในการสร้างผลกำไรดังกล่าว มีรูปแบบการให้บริการทางการเงินตามหลักศาสนาอิสลามดังต่อไปนี้

1. การรับฝากเงินแบ่งเป็น 2 ประเภทดังนี้

- 1) การรับฝากเงินเพื่อรักษาทรัพย์
- 2) การฝากเงินเพื่อการลงทุน

ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยรับฝากเงินประเภทเงินฝากเพื่อรักษาทรัพย์ เป็นไปตามหลักการของบัญชีเงินฝากรักษาทรัพย์ กล่าวคือ ผู้ฝากเงินยินยอมให้ธนาคารนำเงินของตนไปลงทุนโดยไม่ขัดต่อหลักการของศาสนาอิสลาม และธนาคารรับประกันว่าจะคืนเงินให้ครบตามจำนวนที่ฝากโดยไม่คิดค่าดูแลรักษา ส่วนเงินฝากประเภทเงินฝากเพื่อการลงทุน เป็นไปตามหลักการของบัญชีร่วมลงทุน ผู้ฝากเงินมีเจตนาเพื่อหวังผลตอบแทนและมอบความไว้วางใจให้ธนาคารนำเงินของตนไปลงทุนตามหลักการหุ้นส่วนที่ต้องรับผิดชอบต่อผลกำไรและขาดทุนร่วมกัน แต่ผู้ฝากเงินไม่มีสิทธิเข้าบริหารจัดการในการลงทุนซึ่งธนาคารจะเป็นผู้จัดการจัดการลงทุนแต่เพียงฝ่ายเดียว

2. การประกอบธุรกิจหารายได้ของธนาคาร

การประกอบธุรกิจหารายได้ของธนาคารเป็นหัวใจของการให้บริการทางการเงินตามหลักศาสนาอิสลาม ความต้องการเงินทุนที่จะนำไปประกอบธุรกิจหารายได้ เป็นเหตุผลที่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะให้ธนาคารต้องระดมเงินฝากเข้ามา ถ้าไม่มีความต้องการเงินทุนหรือมีเงินทุนเพียงพอที่จะนำไปประกอบธุรกิจหารายได้แล้ว ธนาคารก็ไม่จำเป็นต้องระดมเงินฝาก ทั้งนี้เนื่องจากหากมีเงินฝากเข้ามาเป็นจำนวนมากกว่าความต้องการเงินทุนไปประกอบธุรกิจหารายได้ จะทำให้ผลตอบแทนหรือเงินปันผลที่ผู้ฝากจะได้รับลดลง การประกอบธุรกิจหารายได้ของธนาคารได้แก่

1. การบวกกำไรในการซื้อ (มูรอบาอะฮ์) โดยธนาคารซื้อสินค้ามาขายให้กับลูกค้าโดยบวกกำไรเพิ่มเข้าไปเหมือนกับการซื้อขายโดยทั่วไป การซื้อขายในสัญญาตามหลักการอิสลาม ได้แก่ ซื้อขายเงินสด ซื้อขายเชื่อ ซื้อขายผ่อนชำระ และเช่าซื้อสินค้า เป็นต้น การประกอบธุรกรรมเช่นนี้เป็นการค้าขายสินค้า มีลูกหนี้เจ้าหนี้เกิดขึ้น กรณีซื้อขายเชื่อ ซื้อขายผ่อนชำระ และเช่าซื้อสินค้า ธนาคารสามารถเรียกหลักประกันการชำระหนี้จากผู้ซื้อได้ไม่เป็นที่ต้องห้ามในหลักศาสนาอิสลาม

2. การลงทุนธุรกิจตามหลักมุดอระฮ์ เป็นการลงทุนร่วมกันระหว่างธนาคารและผู้ประกอบการในลักษณะหุ้นส่วน โดยธนาคารเป็นผู้ลงทุนเงินและผู้ประกอบการลงทุนแรง โดยธนาคารทำหน้าที่บริหารจัดการ การลงทุนประเภทนี้ผู้ประกอบการจะไม่ได้รับค่าจ้าง แต่จะได้ส่วนแบ่งของกำไรเป็นค่าตอบแทนเมื่อครบกำหนดระยะเวลาของการลงทุน หากเกิดการขาดทุนทั้งสองฝ่ายก็ต้องรับผิดชอบต่อการขาดทุนร่วมกัน คือ ธนาคารขาดทุนเงิน ส่วนผู้ประกอบการขาดทุนแรงงานและเวลาที่เสียไปในการดำเนินงาน

3. การร่วมลงทุนธุรกิจตามหลักมุซารอะฮ์ เป็นการลงทุนธุรกิจที่ธนาคารเข้าไปเป็นหุ้นส่วนในโครงการหนึ่งร่วมกับหุ้นส่วนคนอื่น ๆ และร่วมลงทุนตามที่ได้ตกลงกัน หากขาดทุนทุกฝ่ายจะแบกรับการขาดทุนร่วมกันตามสัดส่วนของหุ้นที่ได้ลงไป ส่วนการซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์หากมิใช่เป็นหุ้นของกิจการที่เป็นการขัดต่อหลักการอิสลาม และมีใช่เป็นการซื้อหุ้นเพื่อเก็งกำไรหรือปั่นหุ้นแล้ว แต่เป็นการซื้อหุ้นเพื่อหวังผลตอบแทนหรือหวังเงินปันผลจากการประกอบกิจการ ก็เป็นที่ยอมรับ

4. การให้เช่า (อิญาเรอะฮ์) เป็นการประกอบธุรกิจประเภทหนึ่งโดยธนาคารจะซื้อสินค้าประเภทที่มีราคาค่อนข้างสูงเช่น เครื่องบิน เครื่องจักร เป็นต้น มาให้ลูกค้าเช่าประกอบธุรกิจ และธนาคารได้รับค่าเช่าเป็นรายได้แทนการให้เงินกู้และคิดดอกเบี้ย ซึ่งการให้เช่ามี 2 กรณีได้แก่

กรณีที่ 1 ธนาคารในฐานะผู้ให้เช่า และผู้เช่าตกลงกันไว้ในสัญญาว่าเมื่อครบกำหนดสัญญาเช่าแล้ว ผู้เช่าจะซื้อทรัพย์สินที่เช่าไปเป็นของตนเอง

กรณีที่ 2 ธนาคารในฐานะผู้ให้เช่า และผู้เช่าตกลงกันในสัญญาว่าเมื่อครบกำหนดสัญญาเช่าแล้ว ผู้เช่าจะไม่ซื้อทรัพย์สินที่เช่า และผู้ให้เช่าจะให้เช่าต่อหรือให้ผู้อื่นเช่าหรือขายให้ผู้อื่นได้

5. การให้สินเชื่อทางการค้า (Trade Finance) เป็นการประกอบธุรกิจการหารายได้จากการให้สินเชื่อระยะสั้น เพื่อเป็นการให้บริการและอำนวยความสะดวกทางการค้าแก่ลูกค้าที่ประสงค์จะซื้อสินค้าเข้าหรือสินค้าออก ได้แก่ การออกเลตเตอร์ออฟเครดิต

6. การให้กู้ยืมเงินโดยไม่คิดสิ่งตอบแทน (กือตดุลฮาซัน) เป็นการให้ความช่วยเหลือทางการเงินโดยไม่คิดดอกเบี้ยโดยไม่คิดค่าตอบแทน

หลักการดำเนินธุรกิจของธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจสถาบันการเงินอื่นๆ จึงมีลักษณะสวนทางกับระบบธนาคารอิสลาม ซึ่งธนาคารอิสลามดำเนินธุรกิจอยู่บนหลักการแบ่งปันส่วนกำไรและไม่มีดอกเบี้ยในรูปแบบหุ้นส่วน กล่าวคือทั้งธนาคาร ผู้ถือหุ้น ผู้ฝากเงิน ผู้ลงทุน และผู้ยืม ร่วมกันเป็นหุ้นส่วน ทำให้ไม่เกิดปัญหาการเอารัดเอาเปรียบหรือเกิดปัญหาการขูดรีดระหว่างกัน อย่างไรก็ตามธนาคารอิสลามไม่สามารถกำหนดเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าเพื่อป้องกันการผิดนัดชำระหนี้ได้ดังเช่นธนาคารพาณิชย์ จึงก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินงานดังนี้

1. ปัญหาในการกำหนดเบี้ยปรับของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย

ปัญหาการกำหนดเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าในสัญญา

เบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายที่ถูกกำหนดขึ้นโดยคู่สัญญา เป็นข้อตกลงที่กำหนดไว้ล่วงหน้า หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นผู้ผิดสัญญาจะต้องจ่ายเบี้ยปรับตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อต้องการให้ผู้สัญญาปฏิบัติตามสัญญา ในปัจจุบันการทำสัญญาต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาเช่าซื้อ หรือสัญญาบริการต่างๆ คู่สัญญาจึงมักจะกำหนดข้อสัญญาเบี้ยปรับซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบสัญญาสำเร็จรูปที่ได้จัดเตรียมไว้เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการเข้าทำสัญญา และสัญญาที่ได้จัดเตรียมไว้นั้นมีรายละเอียดที่ผู้เข้าทำสัญญาอาจไม่เข้าใจในรายละเอียดที่ซับซ้อน บวกกับความต้องการเงินทุนเพื่อการดำรงชีพหรือประกอบอาชีพ ทำให้ผู้เข้าทำสัญญามองข้ามที่จะศึกษารายละเอียดต่างๆเกี่ยวกับการชำระหนี้ ในกรณีที่ต้องตกเป็นผู้ผิดนัดว่าต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ในอัตราเท่าใดและเป็นธรรมสำหรับผู้เข้าทำสัญญาหรือไม่ การที่ธนาคารพาณิชย์สามารถกำหนดเบี้ยปรับไว้ในสัญญาล่วงหน้า เป็นการนำระบบดอกเบี้ยมาใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันความเสียหายกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด โดยระบุเป็นข้อตกลงเบี้ยปรับที่มีอัตราสูง แม้ว่าจะเป็นการทำเพื่อป้องกันความเสียหาย แต่ในปัจจุบันธนาคารหรือธุรกิจสถาบันการเงินมักใช้ไปในการสร้างกำไรมากกว่า แต่ธนาคารอิสลามนั้นไม่สามารถกำหนดเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าดังเช่นธนาคารพาณิชย์ได้ เพราะตามหลักการของอิสลามนั้นเบี้ยปรับเป็นรูปแบบหนึ่งของดอกเบี้ย ซึ่งเป็นที่ต้องห้ามตามหลักกฎหมายอิสลาม อันถือเป็นหลักการสูงสุดในการประกอบธุรกิจการค้าของอิสลาม ดังที่ได้บัญญัติไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานดังนี้

1. บทที่ 30 โองการที่ 39 ความว่า

وَمَا آتَيْتُم مِّن رَّبٍّ لِّرَبُّوٓا۟ فِي۟ اَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرِبُوۡا۟ عِنۡدَ اللّٰهِ وَمَا
ءَأَيْتُم مِّن زَكٰوٰتٍ تُرِيۡدُوۡنَ وَجَهَ اللّٰهِ فَاُولٰٓئِكَ هُمُ الْمُضَعِفُوۡنَ

“สิ่งที่ผู้เจ้าให้เป็นดอกเบี้ยที่ทำให้ความมั่งคั่งของประชาชนเพิ่มขึ้น สิ่งที่เพิ่มขึ้นนั้นไม่ได้มาจากอัลเลาะห์ แต่สิ่งที่ผู้เจ้าให้เป็นทานเพื่อแสวงหาความโปรดปรานจากอัลเลาะห์ ความมั่งคั่งจะทวีคูณ¹”

¹ สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, พระมหาคัมภีร์อัลกุรอานพร้อมคำแปลเป็นภาษาไทย (ชาอูดีอาราเบีย: ศูนย์กษัตริย์อะฮัดเพื่อการพิมพ์อัลกุรอาน, 1419), หน้า 103.

2. บทที่ 1 โองการที่ 275 ความว่า

الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ
الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ
اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا
سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا
خَالِدُونَ ﴿٢٧٥﴾

“บรรดาผู้กินดอกเบี้ย ไม่ว่าในอัตรามากหรือน้อยก็ตาม พวกเขาจะไม่สามารถยืน
ทรงตัวได้ในวันฟื้นขึ้นแห่งปรโลก เว้นแต่ผู้ที่มารยืนอยู่ข้างและมารได้ทำให้เขา งงวโยโดยการกระทบ นั้น
เป็นเพราะการที่พวกเขา กล่าวว่า การค้าก็ให้ทำไรเหมือนดอกเบี้ยจะนั้น และอัลเลาะห์ทรงอนุมัติการค้า
เพราะต้องลงทุนใช้ความรู้ความสามารถ แต่ทรงห้ามการกินดอกเบี้ย เพราะเป็นรายได้โดยง่ายและจาก
ความเดือดร้อนของผู้อื่น ดังนั้นผู้ใดที่ดีที่มีข้อตกเตือนจากพระผู้อภิบาลของเขาไปยังเขา แล้วเขางดเว้น
จากดอกเบี้ย ดังนั้นที่ผ่านไปแล้วในการเช่นนี้ได้แก่ เขาและกิจการในการดำเนินต่อไปนั้นอยู่ที่อัลเลาะห์
และผู้ใดที่กลับไปยังดอกเบี้ยเหล่านั้นคือสหายของไฟ พวกเขาเป็นผู้พำนักอยู่ในนั้น”²

3. บทที่ 1 โองการที่ 276 ความว่า

يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِي الصَّدَقَتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴿٢٧٦﴾

“อัลเลาะห์ทรงบั่นทอนดอกเบี้ยและทรงทำให้กุศลทานเพิ่มพูน และอัลเลาะห์ไม่ทรงรักทุกๆ ผู้ที่
มีสันดานปฏิสันต์ต่อข้อห้ามนี้ซึ่งเป็นผู้บาปหนา”³

4. บทที่ 1 โองการที่ 277 ความว่า

إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَءَاتَوْا
الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ
يَحْزَنُونَ ﴿٢٧٧﴾

² สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, เรื่องเดิม, หน้า 94-95.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 95.

“แท้จริงบรรดาผู้ศรัทธาและประกอบการดี ดำรงการมาซ และบริจาคชะกาตสำหรับเขาทั้งหลายคือ รางวัลของเขาทั้งหลายและที่พระผู้อภิบาลของเขาทั้งหลาย และจะไม่มีความหวาดกลัวแก่เขาทั้งหลายและเขาทั้งหลายจะไม่ระทมในปรโลก⁴”

5. บทที่ 1 โองการที่ 278 ความว่า

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ
مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾

“บรรดาผู้ศรัทธาเอ๋ย จงสำรวมตนจากอัลเลาะห์ และจงละทิ้งส่วนที่เหลือของดอกเบี้ยเมื่อได้มีบัญญัติห้ามเช่นนั้นแล้ว ถ้าสูเจ้าเป็นผู้ศรัทธาปฏิบัติตาม⁵”

6. บทที่ 1 โองการที่ 279 ความว่า

فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ
رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾

“ถ้าสูเจ้าไม่เลิกกระทำเช่นนั้น เช่นพวกมุชรีกะฮ์ซึ่งเป็นพวกให้กู้เอาดอกเบี้ย ดังนั้นจงระวังตัวต่อสงครามจากอัลเลาะห์และรอซูลของพระองค์ แต่ถ้าสูเจ้าลุกแก้ไข ดังนั้นสูเจ้าได้ยอดเงินต้นที่ปราศจากดอกเบี้ยของสมบัติของสูเจ้า สูเจ้าจะไม่อยู่ติธรรมต่อลูกหนี้ และจะไม่ถูกอยู่ติธรรมที่ต้องจ่ายมากกว่าเงินต้น⁶”

7. บทที่ 1 โองการที่ 280 ความว่า

وَإِن كَانَتْ ذُوْعُسْرَةَ فَانْظُرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ
لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾

⁴ สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, เรื่องเดิม.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 96.

⁶ เรื่องเดียวกัน.

“และถ้าลูกหนี้เป็นผู้ที่อยู่ในความคับแค้น ดังนั้นจึงให้มีการผ่อนปรนจนกระทั่ง สะดวก และนั่นคือสุเจ้ายกหนี้ให้เป็นกุศลทานนั้นดีกว่าสำหรับสุเจ้า ถ้าสุเจ้ารู้ว่าเป็นการส่งเสริม มนุษยธรรม⁷”

8. บทที่ 1 โองการที่ 281 ความว่า

وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَا
كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ

“จงสำรวมตนต่อวันหนึ่ง ที่ในวันนั้นสุเจ้าจะถูกนำกลับมายังอัลเลาะห์ และทุก ๆ ชีวิตจะถูกตอบแทนตามที่ได้ชวนชวยไว้ และเขาทั้งหลายจะไม่อยุติธรรม⁸”

ดอกเบียตามความหมายของหลักศาสนาอิสลามจึงครอบคลุมทุกรูปแบบของการ เรียกรับเพิ่มเติม หรือส่วนเพิ่มเบียปรับจึงเป็นรูปแบบหนึ่งของดอกเบียที่ต้องห้ามตามกฎหมายอิสลาม การทำธุรกรรมทางการเงินหรือสัญญาทุกประเภทตามหลักกฎหมายอิสลามจึงไม่มีข้อตกลงเรื่องอัตรา ดอกเบียหรือผลตอบแทนอื่นใด หรือการกำหนดอัตราดอกเบี้ยผิดนัดไว้ล่วงหน้า เพราะถือว่า การกำหนด ดอกเบียนั้นเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายอิสลาม ทั้งนี้ให้รวมถึงกรณีที่ได้มีการเรียกร้องผลประโยชน์ เพิ่มเติมในภายหลังที่ได้ทำสัญญาหรือเกิดกรณีผิดนัดด้วย นอกจากนี้แม้อิสลามจะอนุมัติการค้าและห้าม การคิดดอกเบี้ย แต่ยิ่งไปกว่านั้นอิสลามยังได้ควบคุมกำไรที่เกิดจากการค้าด้วยเช่นกันโดยอิสลาม กำหนดให้ดำเนินการค้าที่ตั้งอยู่บนความยุติธรรมเท่านั้น

เมื่อไม่สามารถกำหนดเบียปรับเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดจากการผิดนัดได้ ธนาคารอิสลามจึงมีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น เพราะอาจมีลูกหนี้ที่ไม่สุจริตอาศัยช่องว่าง ของการไม่สามารถกำหนดเบียปรับได้นี้ ไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้ตามที่ระบุไว้ในสัญญา อันจะส่งผลให้ธนาคารอิสลามเสียประโยชน์ในการได้รับการปฏิบัติชำระหนี้เพื่อดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ธนาคารอิสลามในต่างประเทศต่างคิดค้นวิธีการในการจัดการกับปัญหานี้ ซึ่งเป็นปัญหาที่ขัดขวางการ เจริญเติบโตของระบบธุรกิจธนาคารหรือรูปแบบการเงินตามหลักการอิสลาม ซึ่งธนาคารกลางหรือ ธนาคารรัฐปาเกิสถานได้มีวิธีการแก้ปัญหาลูกหนี้ที่ไม่สามารถกำหนดเบียปรับเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าได้ด้วย มติจากคณะที่ปรึกษาด้านศาสนา (ที่ปรึกษาชะรีอะฮ์) ของธนาคารกลางหรือธนาคารรัฐปาเกิสถาน ซึ่งได้ มีการวินิจฉัยและมีมติร่วมกันให้ธนาคารอิสลามในปาเกิสถานสามารถกำหนดข้อตกลงเบียปรับกรณีผิด นัดชำระหนี้โดยระบุไว้ในสัญญาล่วงหน้าได้ จำนวนเบียปรับที่ได้รับห้ามรวมเป็นผลกำไรของธนาคาร

⁷ สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, เรื่องเดิม.

⁸ เรื่องเดียวกัน.

แต่ให้นำไปทำการกุศล และมตินี้ได้รับการยอมรับจากองค์กรความร่วมมือของศาสนาอิสลาม⁹ เดิมมีชื่อว่าองค์กรการประชุมของศาสนาอิสลาม หรือ Organisation of Islamic Cooperation (OIC) ซึ่งเป็นองค์กรศูนย์กลางของโลกมุสลิมในการป้องกันและปกป้องผลประโยชน์ของโลกมุสลิมในการส่งเสริมสันติภาพระหว่างประเทศและความสามัคคีของหมู่คนมุสลิมต่างๆทั่วโลก จึงถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นและเป็นต้นแบบของธนาคารอิสลามในประเทศต่างๆ ในการนำไปปรับใช้เพื่อลดปัญหาและความเสี่ยงดังกล่าวข้างต้น ซึ่งบรรทัดฐานที่ธนาคารอิสลามต่างๆ ได้นำไปใช้ในการแก้ไขปัญหาคือหรือช่องว่างของธนาคารอิสลามนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลามในหลักการพื้นฐานที่ห้ามการเรียกดอกเบี้ย แต่มุ่งเน้นการบริจาคทาน ระบบธนาคารอิสลามในปากีสถานและธนาคารอิสลามในประเทศต่างๆ ที่นำไปปรับใช้จึงสามารถกำหนดเบี้ยปรับเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหาย การเสียประโยชน์และโอกาสของธนาคารอิสลาม และป้องกันการคิดใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของลูกค้าผู้ใช้บริการได้ ในส่วนของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยมีวิธีการเรียกเบี้ยปรับภายหลังการเกิดสัญญา กล่าวคือ ไม่มีการกำหนดเป็นข้อตกลงล่วงหน้าในสัญญา แต่ใช้วิธีการเรียกเบี้ยปรับเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ โดยมีวิธีการคำนวณอัตราเบี้ยปรับจากยอดที่ต้องชำระ ที่ลูกหนี้ได้มีการผิดนัดชำระหนี้ตามระยะที่กำหนดในสัญญา จึงมีความแตกต่างจากธนาคารพาณิชย์ทั่วไปที่มีวิธีการคำนวณเบี้ยปรับจากยอดเงินต้นที่ระบุไว้ในสัญญา และเบี้ยปรับที่ได้รับจะไม่รวมเป็นผลประกอบการธนาคาร แต่มีหลักการที่จะนำเบี้ยปรับที่ได้รับนั้นไปทำการบริจาคเพื่อการกุศลต่อไป

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยไม่มีการกำหนดเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าในสัญญา แต่ใช้วิธีการเรียกเบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายกรณีลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งเป็นกรณีการเรียกหรือกำหนดเบี้ยปรับภายหลังการเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 379 ที่บัญญัติให้มีการกำหนดหรือเรียกเบี้ยปรับได้นั้น โดยส่วนใหญ่ในการคำนวณค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าในสัญญา คู่สัญญามักใช้คำว่าดอกเบี้ยแทนที่จะใช้คำว่าเบี้ยปรับ จึงทำให้เกิดความสับสนขึ้นระหว่างความหมายของคำว่าดอกเบี้ยกับเบี้ยปรับ ดังตัวอย่างในคำพิพากษาฎีกาที่ 100/2541 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

“เบี้ยปรับเป็นค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายซึ่งคู่สัญญากำหนดกันไว้ล่วงหน้า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสมควร จะเรียกค่าเสียหายนี้ว่าเป็นเบี้ยปรับ ดอกเบี้ย หรืออย่างอื่นก็ได้ แต่หากมีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ให้เจ้าหนี้รับหรือเรียกเอาได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสมควรแล้ว ย่อมเป็นเบี้ยปรับทั้งสิ้น เมื่อตามสัญญาบัญญัติเงินกำหนดไว้ว่า หากจำเลยผิดสัญญายอมให้โจทก์เรียกชำระหนี้ทั้งหมดและคิด

⁹ Organisation of Islamic Cooperation (OIC), About OIC, at http://www.oic-oci.org/page_detail.asp?p_id=52, (last visited 28 March 2012).

ดอกเบี้ยยจากต้นเงินที่ค้างชำระในอัตราร้อยละ 19 ต่อปี นับแต่วันผิดสัญญาเป็นต้นไป จนกว่าจะชำระหนี้ครบถ้วนเพิ่มขึ้นจากเดิม ซึ่งคิดดอกเบี้ยกันร้อยละ 11 ต่อปี ดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นจากอัตราที่กำหนดไว้จึงเป็นเบี้ยปรับ หากสูงเกินกว่า ศาลลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383”

เบี้ยปรับตามความหมายของมาตรา 379 จึงเป็นค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายซึ่งคู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้า เมื่อธนาคารอิสลามเรียกหรือกำหนดเบี้ยปรับภายหลังการเกิดสัญญา เบี้ยปรับที่ธนาคารอิสลามเรียกหรือกำหนดนั้นจึงไม่ใช่เบี้ยปรับตามความหมายของมาตรา 379 เมื่อมีคดีพิพาทสู่ศาล ศาลจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพิจารณาตามหลักการตีความตามสัญญา และหากเป็นการฟ้องเรียกให้ชำระตามยอดเงินต้นบวกเบี้ยปรับเพื่อชดเชยความเสียหายที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ที่ถูกต้องแล้ว โดยที่ไม่มีข้อตกลงเบี้ยปรับในสัญญาที่ชัดเจน ศาลจึงต้องวินิจฉัยไปตามบทบัญญัติกฎหมาย ดังนั้นเบี้ยปรับที่ได้เรียกร้องเพื่อเป็นค่าชดเชยความเสียหายนั้นไม่เป็นเบี้ยปรับ เพราะไม่มีลักษณะของการกำหนดหรือมีข้อตกลงล่วงหน้าในระหว่างการเข้าทำสัญญา และถ้ามีอัตราสูงเกินสมควรศาลจึงไม่มีอำนาจพิจารณาปรับลดตามมาตรา 383 ได้ ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่าธนาคารอิสลามแม้ดำเนินการตามหลักกฎหมายอิสลาม กรณีมีข้อพิพาทนั้นต้องมีการฟ้องร้องในระบบศาลไทยที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการพิจารณาพิพากษาคดี ในกรณีที่ไม่มีกำหนดเบี้ยปรับเป็นข้อตกลงล่วงหน้าเพื่อความเสียหายกรณีผิดนัดชำระหนี้ จึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อธนาคารในการที่ลูกหนี้สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่า เบี้ยปรับที่เรียกร้องภายหลังการผิดสัญญาไม่เป็นเบี้ยปรับตามนัยมาตรา 379 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ธนาคารอิสลามจึงควรปรับปรุงวิธีการกำหนดเบี้ยปรับ โดยการจัดทำสัญญาที่มีข้อตกลงในการเรียกเบี้ยปรับกรณีผิดนัดชำระหนี้ได้ และระบุจุดประสงค์ในการเรียกเบี้ยปรับจากการผิดนัดชำระหนี้เพื่อบริจาธให้การกุศล และควรชี้แจงให้ลูกค้าได้รับทราบก่อนการเข้าทำสัญญา เพื่อเน้นย้ำให้ทราบถึงกฎเกณฑ์ การกำหนดเบี้ยปรับของธนาคารอิสลามดังกล่าว สร้างความมั่นใจให้ลูกค้าในเบื้องต้นที่ได้เข้าทำสัญญาว่า ธนาคารมีการดำเนินการตามหลักการศาสนาที่ถูกต้องไม่คลุมเคลือ เพราะหากมีคดีนำขึ้นสู่ศาล ศาลย่อมมีการพิจารณาตีความตามสัญญา ซึ่งแม้ว่าในอนาคตหากมีการผิดนัดชำระหนี้เกิดขึ้นและจะต้องชำระเบี้ยปรับให้กับธนาคารก็ตาม จำนวนเบี้ยปรับเหล่านั้นจะถูกนำไปทำการบริจาธเพื่อการกุศล ซึ่งในระบบธุรกิจปัจจุบันลูกหนี้อาจเลือกที่จะผิดนัดชำระหนี้ ด้วยอาจมีผลประโยชน์ที่ดีกว่าการชำระหนี้ตามสัญญาก็เป็นได้ นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นและเป็นการสร้างความแน่นอนในการดำเนินธุรกิจที่เป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพตามแนวทางที่กำหนดและบรรลุตามนโยบายหรือวัตถุประสงค์ที่ธนาคารอิสลามได้วางแผนการดำเนินงานไว้ และทำให้สามารถป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ในกรณีที่ไม่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลได้

2. ปัญหาเกี่ยวกับการจัดการเบี่ยงปรับเพื่อการกุศล

ด้วยเหตุความจำเป็นที่จะต้องป้องกันการอาศัยช่องว่างของลูกหนี้ที่อาจใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องหรือล่าช้า ด้วยเหตุที่ธนาคารอิสลามไม่สามารถกำหนดเบี่ยงปรับเป็นค่าเสียหายล่วงหน้าได้ แนวทางการแก้ปัญหาของธนาคารอิสลามทั่วโลกจึงใช้วิธีการกำหนดให้มีการเรียกเบี่ยงปรับได้และให้นำเบี่ยงปรับที่ได้รับนั้นไปบริจาคเพื่อการกุศล แต่แม้ว่าธนาคารอิสลามจะสามารถเรียกเบี่ยงปรับกรณีผิดนัดชำระหนี้ได้ แต่ธนาคารอิสลามกลับไม่มีวิธีดำเนินการในการจัดการเบี่ยงปรับเพื่อการกุศลแต่อย่างใด รวมทั้งบทบัญญัติกฎหมายในการควบคุมการจัดการเบี่ยงปรับเพื่อการกุศลดังกล่าว จึงถือว่าการดำเนินธุรกิจโดยไม่ขัดแย้งตามหลักการดำเนินงานและวัตถุประสงค์ของการเรียกเบี่ยงปรับที่ได้ยืนยันโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนที่ว่า “เบี่ยงปรับถือเป็นดอกเบี่ยง(ริบา)จะรวมเป็นผลกำไรของธนาคารไม่ได้” จึงเกิดความไม่ชัดเจนต่อการดำเนินการจัดการเบี่ยงปรับที่เรียกกับดังกล่าว

จากที่ได้ศึกษารูปแบบการจัดการเบี่ยงปรับเพื่อการกุศลของธนาคารอิสลามในประเทศปากีสถาน ประเทศมาเลเซีย และประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งดำเนินกิจการทางการเงินภายใต้หลักการศาสนาอิสลาม กล่าวคือ ดำเนินธุรกิจโดยปราศจากดอกเบี่ยง แต่ในกรณีการเรียกเบี่ยงปรับนั้นแม้เป็นที่ต้องห้ามเพราะมีลักษณะเป็น “ริบา” หรือดอกเบี่ยง แต่มีมติจากคณะที่ปรึกษาทางด้านศาสนาที่ธนาคารกลางของรัฐปากีสถานได้แต่งตั้งขึ้น ให้มีการเรียกปรับเบี่ยงปรับได้เพื่อสร้างวินัยให้กับลูกค้าและป้องกันการผิดนัดของลูกค้าที่ไม่สุจริต อันเป็นผลทำให้ธนาคารต้องเสียประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับหากมีการชำระหนี้ตามสัญญาดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ในประเด็นที่ว่าเบี่ยงปรับที่ได้รับห้ามนำไปรวมเป็นผลกำไรของธนาคาร แต่ให้นำเบี่ยงปรับที่ได้รับนั้นไปทำการกุศล ส่วนประเทศมาเลเซียและฟิลิปปินส์นั้นมีมติจากคณะที่ปรึกษาชะรีอะฮ์เช่นเดียวกันกับประเทศปากีสถานในการกำหนดให้เรียกเบี่ยงปรับได้ เพราะถือว่าธนาคารเสียประโยชน์ที่จะได้รับจากการชำระหนี้ตามกำหนดของสัญญา และให้นำเบี่ยงปรับที่ได้รับนั้นเข้าสู่กองทุนเพื่อทำการกุศลผ่านองค์กรที่ธนาคารกำหนดต่อไป จะเห็นได้ว่าทั้งประเทศปากีสถาน ประเทศมาเลเซียและประเทศฟิลิปปินส์นั้น ต่างดำเนินกิจการทางการเงินในรูปแบบของธนาคารอิสลาม โดยอยู่ภายใต้หลักการของศาสนาอิสลาม ซึ่งเป็นการดำเนินกิจการในรูปแบบเดียวกันกับธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย กล่าวคือ ดำเนินธุรกิจโดยปราศจากดอกเบี่ยงและนำเบี่ยงปรับที่ได้รับนั้นเข้าสู่กองทุนการกุศล อย่างไรก็ตามธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยไม่มีการจัดการกองทุนเบี่ยงปรับเพื่อการกุศลแต่อย่างใด ทำให้เกิดความคลุมเครือในการดำเนินงาน ขาดความโปร่งใสต่อจำนวนเบี่ยงปรับที่ธนาคารอิสลามเรียกปรับจากลูกหนี้ผู้ผิดนัดชำระหนี้ ในข้อที่ว่าธนาคารอิสลามได้นำเบี่ยงปรับไปทำการบริจาคเพื่อการกุศลจริงหรือไม่ เนื่องจากธนาคารอิสลามได้เริ่มดำเนินการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2546 แต่ไม่ปรากฏหลักฐานการจัดการเบี่ยงปรับเพื่อการกุศลดังกล่าวนี้อย่างใด

ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่าธนาคารอิสลามควรกำหนดบัญชีเพื่อจัดเก็บเบี้ยปรับที่ได้รับ โดยเฉพาะ หรือจัดทำในรูปแบบกองทุนเบี้ยปรับเพื่อการกุศล และบัญญัติกฎหมายรองรับเป็นลายลักษณ์อักษรว่าจำนวนเงินเบี้ยปรับในกองทุนการกุศลนี้ มีจุดประสงค์เพื่อนำไปใช้สำหรับการจัดสวัสดิการสังคม และการกุศลเท่านั้น เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายและหลักการศาสนาอิสลาม เมื่อมีการบริจาคเงินจากกองทุนเบี้ยปรับเพื่อการกุศลนี้จะต้องมีคณะกรรมการรับทราบและตรวจสอบความถูกต้องต่อการใช้เงินกองทุนดังกล่าว และควรได้รับการอนุมัติจากคณะที่ปรึกษาด้านศาสนาของธนาคารอิสลามที่ได้แต่งตั้งขึ้นก่อนทำการบริจาคด้วย ซึ่งสามารถทำได้ 2 แนวทาง คือ บริจาคโดยตรงและบริจาคผ่านองค์กรมูลนิธิหรือองค์กรอื่นๆที่จัดตั้งขึ้นเพื่อการกุศล ทั้งนี้ไม่ควรจำกัดประเภทของผู้มีสิทธิได้รับการบริจาค เฉพาะผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น เพราะแม้ว่าธนาคารอิสลามมีรูปแบบการดำเนินงานกิจการที่เป็นไปตามหลักการหรือหลักกฎหมายอิสลาม แต่มิได้จำกัดการบริการเฉพาะผู้ที่เป็นมุสลิมหรือผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น แต่เป็นการให้บริการที่ไม่จำกัดเชื้อชาติและศาสนา อีกทั้งประเทศไทยนั้นถือได้ว่ามีความหลากหลายทางเชื้อชาติและศาสนา ดังนั้นเบี้ยปรับเพื่อการกุศลที่ธนาคารอิสลามจะดำเนินการบริจาคมานั้น จึงไม่ควรจำกัดเชื้อชาติหรือศาสนาของผู้มีสิทธิหรืออยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะได้รับการบริจาคด้วย เพราะเป็นการบริจาคเพื่อช่วยเหลือให้ผู้เดือดร้อนได้รอดพ้นความทุกข์ยากเหล่านั้น อันเป็นหลักการสำคัญของศาสนาอิสลามที่ไม่ส่งเสริมให้มีการปลีกตัวออกจากสังคม แต่มุ่งเน้นให้มนุษย์อยู่ร่วมกัน มีการช่วยเหลือเกื้อกูลต่อกัน ทั้งนี้เพื่อเสริมสร้างความสัมพันธ์ระหว่างมนุษยชาติให้สามารถดำรงชีวิตร่วมกันได้อย่างสันติสุข และในการบริจาคแต่ละครั้งนั้นจะต้องบันทึกการใช้กองทุนเบี้ยปรับเพื่อการกุศลดังกล่าว โดยการกำหนดแบบบันทึกการใช้กองทุนเบี้ยปรับเพื่อการกุศลที่เหมาะสม มีการบันทึกเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับเบี้ยปรับเพื่อการกุศล การบันทึกชี้แจงแหล่งที่มาและการใช้ไปและยอดเงินคงเหลือของเงินเบี้ยปรับเพื่อการกุศล เพื่อป้องกันการใช้สิทธิหรือเจตนารับประโยชน์ซ้ำซ้อน ซึ่งจะสามารถกระจายความช่วยเหลือไปยังผู้ที่เดือดร้อนและขาดแคลนทรัพย์ในการดำรงชีวิตได้อย่างทั่วถึง อีกทั้งทำให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงจำนวนเบี้ยปรับเพื่อการกุศลดังกล่าวได้ ทั้งนี้ธนาคารแห่งประเทศไทยควรควบคุมการจัดการกองทุนเบี้ยปรับเพื่อการกุศลนี้โดยให้ธนาคารอิสลามแจ้งให้ทราบถึงการจัดการเบี้ยปรับเพื่อการกุศลดังกล่าวโดยเปิดเผยข้อมูลการดำเนินงานในรายงานประจำปี

ในกรณีปัญหาที่ว่าเบี้ยปรับที่ธนาคารอิสลามนำไปบริจาคเพื่อการกุศลจะเป็นการบริจาคการกุศล โดยลูกหนี้ผู้ผิดนัดชำระหนี้หรือเป็นการทำการกุศลโดยธนาคารอิสลามนั้น ในประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า เมื่อลูกหนี้ผู้ผิดนัดชำระหนี้ ธนาคารอิสลามในฐานะเจ้าหนี้จึงมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชดเชยค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ได้ ดังนั้นเบี้ยปรับที่ธนาคารเรียกรับและได้นำไปบริจาคเพื่อการกุศลนั้น จึงเป็นการทำการกุศลของธนาคารอิสลาม

ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นธนาคารที่ดำเนินกิจการทางการเงินภายใต้หลักการศาสนาอิสลามนั้น จึงควรมีการจัดการเบี้ยปรับที่ได้รับนี้ให้มีความชัดเจน ชัดแจ้ง และตรวจสอบได้

การจัดการเบี้ยปรับเพื่อการกุศลอาจเป็นไปได้ในลักษณะเดียวกันกับการจัดการบัญชีชะกาตซึ่งเป็นไปตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 จัดตั้งขึ้นเพื่อบริจาคและรับดำเนินการบริจาคตามหลักการของศาสนาอิสลาม ตามหลักการสำคัญของศาสนาอิสลามที่กำหนดให้บุคคลที่ครอบครองทรัพย์สินตามพิกัดและครอบรอบ 1 ปี ตามจันทรคติต้องจ่ายส่วนหนึ่งของทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ที่มีสิทธิตามที่ศาสนาได้กำหนดไว้ 8 ประเภทดังนี้

1. ต้องบริจาคให้แก่คนเข็ญใจ ได้แก่ บุคคลผู้ไม่สามารถหาเลี้ยงชีพได้ เนื่องจากขาดสมรรถภาพบางประการในร่างกาย
2. ผู้ขัดสน ได้แก่ ผู้ที่มีความสามารถหาเลี้ยงชีพได้ แต่ขาดแคลนหนทางหรือกำลังทรัพย์เนื่องจากความยากจนของตน
3. ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้รวบรวมหรือเก็บชะกาตไปแจกจ่ายแก่บุคคลหรือองค์กรที่พึงได้รับ ซึ่งแสดงว่าการแบ่งทรัพย์สินนี้ต้องอาศัยองค์กรกลาง เรียกว่าบัยตุลมาล
4. ผู้ที่หัวใจของเขาถูกมุ่งมาด้วยความจริง คือผู้ที่จะมาหรือได้เข้ารับนับถือศาสนาอิสลาม เมื่อเข้ารับนับถือศาสนาอิสลามในช่วงแรกอาจเกิดความขาดแคลนด้วยถูกตัดญาติจากพ่อแม่พี่น้อง จึงสมควรได้รับการอุปการะ แต่หากเป็นผู้มั่งมีก็ไม่เข้าข่ายการได้รับชะกาตนี้
5. เชลยหรือทาสซึ่งไม่สามารถไถ่ตนเองได้ แสดงถึงการที่อิสลามช่วยในการเลิกทาส
6. ผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว จำต้องได้ชะกาตมาช่วยปลดปล่อยหนี้สินของตน
7. ผู้เดินทางไปต่างประเทศแล้วตกค้างอยู่ในประเทศนั้น โดยไม่มีทุนทรัพย์เพื่อเดินทางกลับภูมิลำเนาของตน
8. ในวิถีทางของอัลเลาะห์ (ฟิสบีลิลละฮ์) นั่นคือในกิจการกุศลทั่วไป เช่น การสร้างโรงเรียน การสร้างตำรา การขุดบ่อน้ำ ฯลฯ

ปัจจุบันการบริจาคเงินชะกาตของธนาคารอิสลามซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีสิทธิรับการบริจาคเพียง 6 ประเภทดังนี้ คนยากจน ผู้ขัดสน ผู้ที่มีใจโน้มมาสู่ศาสนาอิสลาม ผู้ที่มีหนี้สินตามศาสนาบัญญัติ ผู้เดินทางที่ไม่ขัดต่อหลักการของศาสนาอิสลาม และผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์จ่ายในหนทางของศาสนาอิสลาม เช่น การกุศลทั่วไป การสร้างโรงเรียน การสร้างโรงพยาบาล เป็นต้น

รวมเงินบริจาคตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2548- ปี พ.ศ. 2553 ทั้งสิ้น 3,034,500 บาท การกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีสิทธิรับการบริจาคเพียง 6 ประเภทนั้นมิได้เป็นการขัดต่อหลักการศาสนาหรือกฎหมายอิสลามแต่อย่างใด และอย่างไรก็ตามหลักการที่กำหนดไว้ 8 ประเภทนั้น ในปัจจุบันไม่อาจปฏิบัติได้ด้วยยุคสมัยที่มีความเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา เช่น การไถ่ทาสหรือเชลย ดังนั้นหากได้กระทำโดยเป็นไปตามแนวทางของศาสนาแล้ว แม้ไม่มีผู้รับบริจาคครบสมบูรณ์ทุกประเภทก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายอิสลาม เนื่องจากหลักการดังกล่าวเป็นแต่เพียงแนวทางในการบริจาคชะกาตเท่านั้น ซึ่งถ้าทำได้ครบสมบูรณ์ทั้ง 8 ประเภทย่อมเป็นการดี แต่ถ้าหากไม่สามารถบริจาคชะกาตได้ครบสมบูรณ์ทั้งหมดก็ไม่

ถือเป็นความผิดต่อศาสนาแต่อย่างใด การที่ได้กำหนดไว้ก็เพื่อช่วยเหลือบุคคลที่มีความขัดสนและขาดแคลนหรือเพื่อการสร้างสวัสดิการให้กับสังคมโดยตรง การจัดสรรเงินชะกาตที่ผ่านมาจะจัดสรรให้กับผู้รับชะกาตโดยตรงไม่จัดสรรผ่านองค์กรหรือมูลนิธิ บัญชีชะกาตซึ่งได้มีการจัดการและดำเนินการบริจาคนี้ จึงเป็นตัวอย่างระบบการจัดการเงินชะกาตที่มีความชัดเจน โปร่งใส ตรวจสอบได้ และมีการเปิดเผยต่อสาธารณชน และสิ่งสำคัญที่สุดคือเป็นการบริจาคชะกาตโดยไม่จำกัดศาสนา ดังนั้น จึงเป็นการบริจาคเพื่อช่วยเหลือมนุษยชาติให้หลุดพ้นจากความเดือดร้อน จึงเป็นตัวอย่างที่สร้างความเชื่อถือให้กับผู้ให้บริการในความโปร่งใสของการดำเนินกิจการของธนาคารอิสลาม หากได้มีระบบการจัดการเบี้ยปรับเพื่อการกุศลดังกล่าวในลักษณะที่เปิดเผยดังเช่นบัญชีชะกาตนี้ จะทำให้ผู้ให้บริการ หรือประชาชนทั่วไปเกิดความเชื่อมั่นในหลักการดำเนินงาน และอาจเป็นแนวทางในการพิจารณาเข้าใช้บริการธนาคารอิสลามมากกว่าการเลือกให้ถูกกระทำโดยเอาวัดเอาเปรียบ ผ่านรูปแบบของดอกเบี้ยที่ธนาคารพาณิชย์ทั่วไปใช้ในการสร้างผลกำไรได้อย่างเสรี อันทำให้เกิดปัญหาและผลกระทบต่อสังคมและระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ จากปัญหาการกำหนดเบี้ยปรับรวมทั้งการจัดการเบี้ยปรับเพื่อการกุศลของธนาคารอิสลามดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

ข้อเสนอแนะ

1. พระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 สมควรได้รับการบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับการจัดการเบี้ยปรับเพื่อการกุศลที่ชัดเจน เหมาะสม ตรวจสอบได้ เป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณชน โดยการจัดตั้งกองทุนเบี้ยปรับเพื่อการกุศลหรือกำหนดบัญชีเพื่อจัดเก็บเบี้ยปรับที่ได้รับ โดยเฉพาะ จะทำให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของการจัดเก็บเบี้ยปรับ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการศาสนาอิสลาม รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับผู้ที่มีสิทธิได้รับเงินจากบัญชีหรือกองทุนเบี้ยปรับเพื่อการกุศลโดยไม่จำกัดเชื้อชาติและศาสนา และจัดหามาตรการในการใช้สิทธิไม่สุจริตเพื่อรับประโยชน์ซ้ำซ้อน ทั้งนี้ เพื่อกระจายความช่วยเหลือให้กับผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนได้อย่างทั่วถึง
2. ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย ควรมีการกำหนดรูปแบบของตัวสัญญาในเรื่องของเบี้ยปรับให้สามารถกำหนดเบี้ยปรับกรณีผิดนัดชำระหนี้ล่วงหน้าได้ โดยระบุจุดประสงค์ในการกำหนดเบี้ยปรับเพื่อทำการกุศลไว้อย่างชัดเจน ซึ่งสามารถศึกษาตัวอย่างแบบจำลองสัญญาของธนาคารอิสลามในประเทศปากีสถาน ทั้งนี้ เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับผู้ให้บริการตลอดจนบุคคลทั่วไปให้ได้รับทราบถึงการดำเนินงานในเรื่องเบี้ยปรับดังกล่าว
3. ในปัจจุบันมีการใช้ข้อตกลงเบี้ยปรับเพื่อแสวงหาผลประโยชน์อย่างเสรี และมีแนวโน้มไปในทางค้ำกำไรเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นการกำหนดเบี้ยปรับของธนาคารอิสลามอาจสามารถนำมาใช้เป็นตัวอย่างในการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับเบี้ยปรับ โดยคงไว้ซึ่งบทบัญญัติที่สามารถเรียกเบี้ยปรับกรณีผิดนัดชำระหนี้ได้ แต่อาจเพิ่มเติม

บทบัญญัติ โดยให้นำส่วนของเบี้ยปรับที่กำหนดไว้สูงเกินสมควรนั้นไปทำการบริจาคเพื่อการกุศล

4. วางแผนการลงทุนโดยเลือกหาสถาบันการเงินที่เปิดให้บริการโดยปราศจากการค้ากำไรเกินควร เพราะหากมองย้อนไปสู่ต้นเหตุแห่งปัญหาโดยส่วนใหญ่เป็นการกำหนดดอกเบี้ยผิดนัดอันมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับที่สูงเกินสมควร จึงต้องมองหาทางเลือกหรือแหล่งเงินทุนใหม่ๆ ที่ทำการค้าด้วยความยุติธรรมและไม่รู้สึกถึงการเอารัดเอาเปรียบมากเกินไป ซึ่งผู้เขียนขอแนะนำธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย เพราะเป็นการดำเนินกิจการโดยปราศจากดอกเบี้ยทุกขั้นตอนของการดำเนินงาน ตามหลักการแบ่งปันผลกำไรขาดทุนร่วมกันแทนการให้ดอกเบี้ย อันจะทำให้ผู้ฝากหรือผู้ลงทุนผ่านเงินฝากนั้นไม่ผูกติดหรือคาดหวังต่อดอกเบี้ยมากเกินไป แต่เป็นกำไรที่ได้มาโดยการค้าและการลงทุน

5. ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยควรจัดทำโครงการประชาสัมพันธ์ เนื่องจากยังไม่เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายเท่าที่ควร จะทำให้ทราบถึงการดำเนินธุรกิจทางการเงินโดยปราศจากดอกเบี้ย รวมทั้งการนำเบี้ยปรับที่ได้รับจากการกำหนดเบี้ยปรับไปบริจาคเพื่อการกุศล ทั้งนี้เพื่อสร้างแรงจูงใจให้ลูกค้าได้เห็นถึงความสำคัญ ความถูกต้องของการดำเนินกิจการตามหลักการศาสนาอิสลามที่ปราศจากการเอารัดเอาเปรียบต่อกัน

การดำเนินกิจการของธนาคารอิสลามเป็นการให้บริการทางการเงินภายใต้หลักชะรีอะฮ์โดยให้บริการครอบคลุมประชาชนทุกศาสนา ไม่จำกัดเฉพาะผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น และหลักการที่สำคัญที่สุดคือ การประกอบธุรกิจโดยปราศจากดอกเบี้ยตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม ซึ่งสอดคล้องกับความต้องการของลูกค้าและสังคมปัจจุบัน ที่ให้บริการโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของลูกค้าภายใต้หลักคุณธรรมที่ใส่ใจห่วงใยทุกกลุ่มสังคม ด้วยเหตุนี้ธนาคารอิสลามจึงเป็นธนาคารที่แตกต่าง และเป็นทางเลือกใหม่ให้กับบุคคลทุกคนโดยไม่จำกัดเชื้อชาติและศาสนา